LAW REVIEW

Esteban Pérez

esteban.perez@estud.usfq.edu.ec

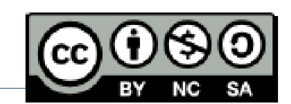
# Mercados relevantes como un método poco riguroso en la determinación de poder de mercado

## Resumen

El método de mercados relevantes ha sido tradicionalmente utilizado en el Derecho de competencia para determinar la posición de dominio de las firmas en cuestión. El Ecuador ha adoptado en su ley este modelo. A través de un análisis jurídico-económico, el presente artículo pretende plantear cuales son las principales inconsistencias que este método tiene. Demostraremos que, por más buena voluntad de los jueces al momento de aplicarlos, los mercados relevantes son inútiles y quedan a pareceres y arbitrios, destruyendo la seguridad jurídica.

**Palabras Clave:** Competencia, Mercados Relevantes, Teoría Subjetiva Análisis Económico







## 1. Introducción

El método de mercados relevantes es ciertamente el que más acogida ha tenido en las legislaciones y doctrina al momento de determinar una situación de posición dominante. La legislación ecuatoriana no ha sido la excepción. Sin embargo, existe una crítica crucial a este modelo desde el plano teórico, que demuestra sus peligrosas consecuencias en la práctica.

El presente artículo pretende explicar el error conceptual en la teoría de mercados relevantes. Se concluye así, a través del análisis jurídico y económico, que este método no es una herramienta adecuada para obtener la información que se busca. Por su amplitud en la aplicación, representa un peligro para los actores económicos sometidos a juicios de competencia, colocándolos a la merced de los criterios de la autoridad.

## 2. Definición de Mercado Relevante

Existen varias definiciones de mercado relevante como elemento necesario para el establecimiento de la posición dominante. Me permito traer a colación la del profesor Herbert Hovenkamp, "[a] properly defined relevant market is a grouping of sales sufficiently isolated from other output that is capable of being monopolized or cartelized for a prolonged period (typically one year or more)"[1]. Ésta definición es clara y permitirá contrastar, en secciones posteriores, cómo las situaciones que corresponde a la autoridad analizar, nunca aparecen de forma tan "aislada" y objetiva como aquí se nos quiere presentar. Las vicisitudes avenientes son tales que este criterio, generalmente aceptado, no tiene ninguna aplicación práctica cuando es contrastado con el conocimiento económico.

En nuestra legislación el concepto es vagamente descrito en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), a manera de prólogo a la Sección 2 del Capítulo 2 de la Ley, que es en la que trata el poder de mercado, más conocido en doctrina internacional como posición dominante. En la legislación andina, que ha servido como marco referencial, ni siquiera se intenta generar una definición de la misma.[2] Es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la encargada de hacer el análisis económico necesario en cada caso para determinar

1 Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. Print. Principle and Execution. P. 97

2 Comunidad Andina de Nacines, Decisión 608, artículo 9

la extensión del mercado relevante. Si bien la legislación no establece de forma concreta cómo determinar un mercado revelante, el artículo de la LORCPM contiene ciertos parámetros de referencia. Ellos son: (i) las características del mercado del producto o servicio, (ii) el mercado geográfico y (iii) las características de los agentes de dicho mercado.

En primer lugar, se debe considerar el mercado como aquel del bien a investigarse y de sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, que es siempre complejo, la ley establece los parámetros referenciales: preferencias de los consumidores, características, usos y precios de los sustitutos, y las posibilidades tecnológicas y tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico considera la ubicación de las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto sustituto al investigado. Para ello, se evaluará costos de transporte, modalidades de venta y barreras al comercio.

La última observación que se hace es la equiparabilidad de los agentes del mercado. Es decir, se debe determinar si los sujetos, vendedores y consumidores de los productos sustitutos son equiparables a los del producto investigado. Los criterios de determinación de esta equiparabilidad son: las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de venta o distribución del mismo producto. Es este último criterio el que nos trae la ley como innovación y que, si es considerado por la autoridad, trae nuevas complicaciones a la ya, me atrevo a decir, imposible tarea de establecer mercados relevantes.

Cuando se compara la posición de la ley con la doctrina general del derecho de competencia, se ve que los criterios que la última trae son (a) el geográfico, (b) el temporal y (c) el objetivo.[3] La legislación ecuatoriana no considera el criterio temporal de los bienes sustitutos.

El criterio objetivo es similar al análisis de las características del mercado del producto o servicio del que habla la LRCPM. No se mira la identidad física o técnica del bien con sus sustitutos, sino su capacidad de satisfacer las mismas necesidades del consumidor. Es un análisis de fungibilidad de los productos para los mismos fines.[4] Este criterio es el centro de la discusión sobre la determinación de mercado relevante, ya que, en la teoría, es la existencia de otros vendedores con buenos sustitutos que limitan la capacidad de abuso de cualquier actor. [5] Es intención del presente trabajo exponer cómo, una vez analizada la teoría económica, es este criterio en el que la autoridad va a encontrar una imposibilidad de establecer satisfactoriamente un mercado relevante.

Ahora, es prudente hacer un análisis de aquellas situaciones en las que, si bien se puede presentar una apariencia de mercado relevante reducido, de hecho, no lo hay. En primer lugar, tenemos el caso de los consumidores de productos que se encuentran "locked in"[6] a seguir consumiendo bienes de determinado oferente. Es decir, consumidores que por compatibilidad con productos ya adquiridos, se ven forzados a seguir comprando productos del mismo vendedor. Un ejemplo de esto, es el caso *Kodak* de 1992, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que el mercado relevante en cuestión era el de los consumidores dependientes a productos de la marca, y en base a ello decidió que existía un abuso de la posición dominante. Ello a pesar que la cuota de mercado que *Kodak* al momento sostenía era del 23%.[7]

Por otro lado están los casos de las franquicias. En este tipo de contratos el franquiciante tiene una situación de poder contractual, al permitírsele cargar precios más altos al franquiciado que desea utilizar la franquicia. Considerar que en este tipo de casos, el mercado relevante sería el de franquiciantes de una misma franquicia no es mas que una desnaturalización del concepto.[8] Estos dos tipos de casos expuestos no entran en el presente análisis.

Concluyo este acápite señalando que la aplicación de la metodología de mercado relevante, por su propia naturaleza, no ha sido uniforme a lo largo del tiempo. Por ejemplo, en los Estados Unidos, en la época de Earl Warren (1953-1969) como Chief Justice de la

3 Cfr. Rengifo García, Ernesto. *Del Abuso Del Derecho Al Abuso De La Posición Dominante.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Print. P. 412

4Cfr. *Id.* P. 413-414

5 Cfr. Posner, Richard. *Antitrust Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Print. P. 148

6 Por "locked-in" me refiero a los usuarios que se ven forzados a comprar productos de un mismo proveedor por la compatibilidad de ellos con productos adquiridos anteriormente.

7 Cfr. Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge... Óp. cit. P. 98

8 Cfr. *Ibíd*



Corte Suprema, la aplicación del Derecho de la competencia era considerablemente menos rigurosa y más dura;[9] en la actualidad, como el mismo Hovenkamp señala: "... are fewer decisions upholding findings of market power based on small, idiosyncratically drawn markets that could never be monopolized"[10]

## 3. Teoría Subjetiva del Valor

La revolución marginalista que aparece en los 1870s, fue la responsable de esbozar esta teoría subjetiva del valor. Ésta corrigió la generalmente aceptada teoría del valor objetivo de Adam Smith. Sus tres grandes promotores fueron William Stanley Jevons, León Walras y Carl Menger, que de forma separada desarrollaron una teoría del valor basada en preferencias subjetivas.[11] Esta revolución constituyó un hito histórico en la economía, pasando a ser incorporada a la mayor parte de escuelas de pensamiento económico, con ciertas sutiles diferencias conceptuales en cada una.

Lo que sostienen los marginalistas es que el valor de los diferentes bienes en mercado no está determinado por la naturaleza ni por características propias de los mismos. Son las preferencias de los individuos las que, acumuladas, determinan los precios a los que los bienes se comercializan. Para cada individuo, los bienes son medios para satisfacer distintos fines, para pasar de una situación menos satisfactoria a una más satisfactoria. Estos valores o fines no se pueden cuantificar, por lo que no pueden ser intersubjetivamente comparados.[12]

La determinación de precios en intercambio indirecto -con el uso de dinero- aparece de forma similar a la del cambio directo -trueque-. El precio es la cantidad de un producto A por el que se puede intercambiar un producto B, y varía según la apreciación subjetiva que los individuos en búsqueda de aquel producto tengan de él. El precio en dinero es la cantidad del mismo que se requiere, según los mismos principios, para intercambiarlo por un producto A.[13]

Por la naturaleza de la economía y el estudio del mercado, que se basa en las interacciones individuales de seres humanos con preferencias que desconocemos, la ciencia económica no permite realizar experimentos con resultados objetivos como las ciencias naturales. Como explica Mises:

> Ignoring the radical epistemological difference between the natural sciences and the sciences of human action, people believe that what is needed to further economic knowledge is to organize economic research according to the well-tried methods of the institutes for medical, physical, and chemical research.[14]

## 4. Mercados Relevantes y la Teoría Subjetiva del Valor

Al contrastar la teoría subjetiva del valor con los métodos de determinación del mercado relevante, encontramos que a través de los últimos se pretende llegar a conclusiones técnicamente imposibles. Ningún actor tiene el conocimiento del mercado suficiente para lograr este cometido. Toda definición de mercado relevante no deja de estar influenciada por consideraciones subjetivas de quien hace el juicio.

Para empezar, a criterio de Posner, el mercado relevante sólo debe incluir los buenos sustitutos para el producto en cuestión.[15] Todo producto, dice el autor, elevado a muy altos precios, empieza a encontrar que los consumidores lo reemplazan con sustitutos imperfectos.[16]

Sin embargo, el criterio para que Posner sólo considere los sustitutos perfectos como apropiados para formar el mercado relevante es, hasta cierto punto, discrecional:

> In a market so broadly defined as to include poor substitutes, the large number and small market shares of individual sellers will understate the feasibility of collusive or monopolistic pricing, so it seems better to use the narrower definition.[17]

La apreciación de Posner hace evidente la falta de rigurosidad que ya de por sí existe en la aplicación del método de mercados relevantes. Si toda demanda es,

9 Cfr. *Id.* P. 1

10 *Id.* P. 97

11 Cfr. Rothbard, Murray N. *An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*. II. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009. Print. Classical Economics. P. vii-viii

12 Cfr. Rothbard, Murray N. *Man, Economy and State*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2004. Print. With Power and Market. P. 17-21

13 Cfr. *Id.* P. 233-236

14 Mises, von, Ludwig. *Human Action*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2006. Print. A Treatsie on Economics. P. 863

15 Cfr. Posner, Richard. *Antitrust Law. Óp. cit.* P. 149

16 Cfr. *Ibíd.*

17 *Ibíd*

hasta cierto punto elástica, se debe concluir que todo actor económico encuentra un límite a una determinación arbitraria de precios. No existe el monopolio perfecto capaz de afectar al mercado de forma determinante. Restringir el concepto a sustitutos perfectos y no extenderlo a sustitutos imperfectos por considerar que esto último permitiría abusos, no es más que un parecer y no un razonamiento amparado en leyes económicas ni en conceptos jurídicos. Si los mercados relevantes son determinados de forma restringida, cualquier cambio de precios puede llegar a considerarse abusivo. Si, por el contrario, se lo considera de forma más amplia, no existe cambio de precios ni acuerdo comercial capaz de ser detectado y penalizado.[18]

Ahora, tomando la posición de Posner, el método para determinar cuáles son los sustitutos perfectos es el siguiente. Se debe observar la variación de precios del producto investigado en relación a la variación de precios del producto que se cree es un sustituto perfecto. Una fuerte correlación en tiempos coincidentes se considera indicador de que ambos productos pertenecen al mismo mercado relevante. Ello ya que el mercado empujaría a los consumidores de uno a otro producto cuando aparecen estas variaciones de precios.[19]

Sin embargo, analizado desde el punto de vista económico, y tomando en cuenta la subjetividad del valor, este acercamiento también tiene serios problemas. Para el análisis utilicemos como ejemplo el mercado de dos productos similares, soda y cerveza. Constatando una variación de precios en ambos, no existe método eficaz para determinar que ésta se dé en un producto por su relación con el otro.[20] Elementos de rivalidad diferentes -como son la publicidad, el mercadeo o el simple cambio de las preferencias de los consumidores- por otro lado, pueden afectar precios de un producto de forma diferente -y a veces contraria- a una variación de precios del otro. La prueba de elasticidad cruzada ve a la competencia como un fenómeno unidimensional.[21] Estas consideraciones, que no nos permiten dilucidar con exactitud si deben incluirse o no ambos productos en el mismo mercado relevante, nos llevan a las preguntas: ¿Es el mercado relevante de sodas sólo sodas, o también incluye cervezas? ¿Incluye agua embotellada y jugos?

Estas preguntas, - son de crucial importancia. Cómo contestemos a cualquiera de las preguntas arriba planteadas puede traer consecuencias totalmente diversas en un juicio de competencia. Si se incluye sólo sodas, cualquier fusión entre compañías puede ser un intento de monopolización. En el caso de todas las bebidas que se comercializan, no existiría posición dominante aún así existiera un sólo productor de sodas. Sin una definición científica y exacta de mercados relevantes, no existe forma de determinar qué niveles de concentración afectan al mercado.[22]

Aquí llegamos al punto con el que iniciamos, y es el concepto de mercados relevantes de Hovenkamp.[23] Como queda en evidencia, es imposible encontrar mercados lo suficientemente aislados de otros productos que nos permitan, de forma categórica, definirlos sin que se vean afectados por la totalidad de la economía. Cualquier análisis que tome como base un mercado relevante tiene que ser, por ende, parcializado, pues es imposible cumplir con la deontología del mecanismo.

Luego, y como argumento concluyente para determinar las imposibilidades teóricas en la determinación de mercados relevantes, me permito citar al premio Nobel de economía Friedrich A. Hayek cuando trata la dispersión del conocimiento en mercado:

> The peculiar character of the problem of a rational economic order is determined precisely by the fact that the knowledge of the circumstances of which we must make use never exists in the concentrated or integrated form, but solely as the dispersed bits of incomplete, and frequently contradictory knowledge which all the separate individuals posses. The economic problem of society [...] is rather a problem of how to secure the best use of resources known to any of the members of society, for ends whose relative importance only these individuals know.[24]

Como bien nos indica Hayek, y es corolario de lo ya mencionado, el verdadero problema de la economía es

18 Cfr. Armentano, Dominick. *Antitrust.* Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007. Print. The Case for Repeal. P. 84

19 Cfr. Posner, Richard. *Antitrust Law...* Óp. cit. P. 149

20 Cfr. Armentano, Dominick. *Antitrust...* Óp. cit.P. 84-85

21 Cfr. Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly:*. Oakland: The Independent Institute, 1999. Print. Anatomy of a Policy Failure. P. 36

22 Cfr. Armentano, Dominick. *Antitrust...* Óp. cit. P. 85

23 Cfr. Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise...* Óp. cit. P. 97

24 Hayek, Friedrich A. "The Use of Knowledge in Society." *The American Economic Review* xxxv (1945): 1–13. Print. P. 519-520



que no existe concentrado en un sólo actor todo el conocimiento para determinar cuál es la mejor locación de recursos en sociedad. Ello porque para saberlo, se deben conocer las preferencias subjetivas de cada uno de los individuos. Preferencias estas que por su naturaleza son incomunicables como un todo. Además, los gustos y valores son constantemente cambiantes, por lo que, aunque se llegase a conocer todas las preferencias en un instante dado, al instante siguiente ellas serían caducas.

Como mencionábamos con anterioridad, los sustitutos que se buscan en mercado son aquellos que satisfacen las mismas necesidades.[25] Si consideramos que las necesidades son íntimas de cada individuo en mercado, incapaces de transmitirse en su totalidad pues son parte de sus preferencias subjetivas, entonces encontramos, la verdadera imposibilidad de una empresa tal, pues implicaría compilar información tan amplia y diversa que vuelve a la tarea imposible. A esto se agrega el concepto de equiparabilidad de agentes de mercado que trae nuestra LORCPM, con todas sus consideraciones, y resulta en una completa falta de técnica y precisión científica del método de mercados relevantes. Sin embargo, éste sirve a autoridades para juzgar lo que consideran "abusos de poder de mercado".

## 5. Caso *Staples*

Un caso que merece análisis es el caso de la Federal Trade Comission (FTC) de los Estados Unidos contra la súper tienda de implementos de oficina Staples. En 1997 la FTC solicita a la Corte Distrital un *preliminary injunction,*[26] en oposición a la fusión entre las súper tiendas de oficina Staples y Office Depot. La Corte acepta los argumentos de la FTC y detiene la fusión entre ambas compañías.[27]

Como antecedentes, Staples era la segunda súper tienda de implementos de oficina, contando con 550 tiendas en 28 Estados, centralizada en el norte y en California. Office Depot era la más grande tienda de este tipo, con 500 locales en el sur y la costa este de Estados Unidos. En el Distrito de Columbia, operaban ambas empresas y la única otra empresa de éste tipo era Office Max. Inician un plan de fusión en el que Office Depot se uniría a Marlin Acquisition Corp. -empresa creada para el efecto- y ambas pasarían a ser parte de Staples. El 10 de marzo del referido año, luego de una investigación, la FTC solicita el *preliminary injunction* a la Corte Distrital.[28]

Llama la atención en este caso que la FTC determina como mercado relevante *exclusivamente* las súper tiendas de implementos oficina. Ello sin considerar la oferta total que existía de los productos en cuestión y las bajísimas barreras de entrada en la industria. Existían al momento una serie de oficinas independientes que comercializaban implementos de oficina, incluyendo a gigantes como Best Buy y Walmart. Un estudio de William A. Niskanen demuestra que si se hubiese analizado la verdadera oferta de implementos de oficina, entre ambas empresas combinadas alcanzaban sólo el 5 por ciento del mercado en 1996.[29]

En lo expuesto encontramos el que es, tal vez, el más patente caso de más uso de la definición de mercados relevantes. Evidentemente la FTC quiso lograr lo que es metódicamente imposible. No existen métodos efectivos y objetivos para determinar un alcance del mercado, por lo que las partes se ven obligadas a atenerse a la antojadiza decisión de las autoridades. Es así como una fusión, con potenciales beneficios económicos para el mercado, fue obstaculizada por un análisis económico equivocado.

## 6. Conclusión

El problema con los mercados relevantes transciende a los juzgadores y autoridades. Va más allá de la falta de técnica, conocimiento económico o metodología de los mismos. Es un problema teórico, una contradicción en sí mismo e intentar dilucidarlo es una empresa imposible. Ello porque no se puede pretender que un ser humano, grupo o computador tenga el conocimiento para determinarlo con exactitud. Esta incapacidad se da por la naturaleza misma del mercado, de preferencias subjetivas siempre cambiantes, que hacen inviable el determinar a quién beneficia y a quién perjudica las fluctuaciones en los precios, cualquiera sea su causa.

El método de análisis de mercados relevantes para

25 Cfr. Rengifo García, Ernesto. *Del Abuso Del Derecho Al Abuso De La Posición*... Óp. cit.P. 413-414

26 Orden Preliminar

27 Cfr. Corte Distrital del Distrito de Columbia, *Caso FEDERAL TRADE COMMISSION, Plaintiff, v. STAPLES, INC., Defendants.* Washington D.C., 1997. Print.

28 Cfr. *Ibíd.*

29 Cfr. Niskanen, William A. "Welcome to the FTC Follies! Kicking Around the Staples-Office Depot Merger", *Legal* Times, Junio 16, 1997, p.26 Citado en Armentano, Dominick. *Antitrust... Óp. cit.* P. 89

determinar la posición dominante de un actor económico no es efectivo para determinar las distorsiones de mercado. Por su falta de rigurosidad, es sujeto a interpretaciones del más alto rango de variedad, dando como consecuencias siempre resultados diferentes. Somete a los actores económicos a pareceres de las autoridades encargadas de juzgar y bajo ningún concepto solucionan las distorsiones que en mercado se pueden presentar.

Los beneficios del mercado son, justamente, que a través de su orden espontáneo y la comunicación tácita entre actores, permite a toda una sociedad localizar mejor la producción. No es más que una fantasía el esperar que funcionarios públicos puedan determinar, en un fenómeno tan complejo, supuestos errores de locación. Y las leyes que para éste efecto se crean están viciadas de lo que en este estudio se ve, la imposibilidad teórica y práctica. Es una irresponsabilidad legislar al mercado sin conocer su naturaleza, pues es ahí cuando se causan las verdaderas distorsiones.

No ofrezco una alternativa al sistema, pues el motivo mismo de éste ensayo es mostrar las dificultades prácticas que se presentan al tratar de regular algo que, por su misma naturaleza, no puede ni debe ser regulado. Mi intención en este trabajo es simplemente señalar los diferentes conflictos que el ordenamiento de regulación de la competencia tiene tanto en el Ecuador, como en otros países.

## 7. Anexos

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

**Art. 5.-** Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.

## 8. Bibliografía

Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly:*. Oakland: The Independent Institute, 1999. Print. Anatomy of a Policy Failure.

Armentano, Dominick. *Antitrust*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007. Print. The Case for Repeal.

Hayek, Friedrich A. "The Use of Knowledge in Society." *The American Economic Review* xxxv (1945): 1–13. Print.

Corte Distrital del Distrito de Columbia, *Caso FEDERAL TRADE COMMISSION, Plaintiff, v. STAPLES, INC., Defendants*. Washington D.C., 1997. Print.

Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. Print. Principle and Execution.

Mises, von, Ludwig. *Human Action*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2006. Print. A Treatsie on Economics.

Posner, Richard. *Antitrust Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Print.

Rengifo García, Ernesto. *Del Abuso Del Derecho Al Abuso De La Posición Dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Print.

Rothbard, Murray N. *An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*. II. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009. Print. Classical Economics.

Rothbard, Murray N. *Man, Economy and State*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2004. Print. With Power and Market.